



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 11080.726429/2015-99
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-002.060 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de março de 2017
Matéria IRPJ e CSLL - AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO
Recorrente SOLAE DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA

O registro contábil do ágio não afeta o resultado tributável antes de sua amortização fiscal, e assim não integra a atividade de apuração do crédito tributário. Logo, somente se cogitará de revisão da atividade de lançamento a partir do momento em que esta for praticada, ou seja, a partir do momento em que a amortização do ágio afetar a determinação do crédito tributário. Não resta configurada a hipótese de decadência no presente caso.

ÁGIO. REQUISITOS DO ÁGIO.

O art. 20 do Decreto-Lei no 1.598, de 1997, retratado no art. 385 do RIR/1999, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do valor de aquisição. Fundamento econômico do ágio é a razão de ser da mais valia sobre o valor patrimonial. A legislação fiscal prevê as formas como este fundamento econômico pode ser expresso (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) e como deve ser determinado e documentado.

ÁGIO INTERNO.

A circunstância da operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação fiscal. A distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de ágio interno) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo, não é relevante para fins fiscais.

ÁGIO INTERNO. INCORPORAÇÃO REVERSA. AMORTIZAÇÃO.

Para fins fiscais, o ágio decorrente de operações com empresas do mesmo grupo (dito ágio interno), não difere em nada do ágio que surge em operações

entre empresas sem vínculo. Ocorrendo a incorporação reversa, o ágio poderá ser amortizado nos termos previstos nos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997.

UTILIZAÇÃO DE EMPRESA VEÍCULO. LEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO.

A utilização de empresa veículo que viabilize o aproveitamento do ágio, por si só, não desfigura a operação e invalida a dedução do ágio, se ausentes a simulação, dolo ou fraude.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por MAIORIA de votos, em DAR provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator, vencidos os Conselheiros Ana de Barros Fernandes Wipprich e Luiz Tadeu Matosinho Machado.

LUIZ TADEU MATOSINHO MACHADO - Presidente.

(assinado digitalmente)

MARCOS ANTONIO NEPOMUCENO FEITOSA - Relator.

(assinado digitalmente)

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Júnior, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa (Relator), Rogério Aparecido Gil, Ana de Barros Fernandes Wipprich, e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Para a devida síntese do processo, transcrevo inicialmente o relatório da DRJ-BHE:

“Em 26/10/2015, autos de infração (fls. 1002 a 1029) de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ no valor total de R\$ 9.226.762,35 (fl. 1004) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL no valor total de R\$ 3.321.634,46 (fl. 1018), foram lavrados contra o sujeito passivo, Solae do Brasil Indústria e Comércio de Alimentos Ltda (Solae) em função da amortização indedutível do lucro líquido em virtude de apropriação de despesas de amortização de ágio conforme descrição no Termo de Verificação Fiscal (TVF) de fls. 1030/1063. Houve exigência da Multa de Ofício no percentual de 75%.

A fiscalização, após ação fiscal que teve início em 15/05/2015 com a ciência no Termo de Início de Procedimento Fiscal com base no Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal TDPF nº 1000100-2015-02207 cujo objetivo era obter informações sobre a correta apuração

do imposto de renda pessoa jurídica (e seus reflexos), no período de 2010 a 2012, chegou à seguinte conclusão:

“Conforme relatado, a fiscalizada amortizou o ágio questionado por esta fiscalização na presente ação fiscal, nos anos-calendário de 2010 a 2012, contabilizando o valor anual de R\$9.282.838,75, nos dois primeiros anos e R\$ 6.188.558,38 de saldo no último ano a débito da conta de resultado 7610 - Amortização de Ágio (tendo como contrapartida o crédito à conta do Ativo Perm. Diferido 7600 - Amortização Ágio Cisão - Bunge) sem adição ao lucro líquido para fins de apuração do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL.

Após a descrição minuciosa das operações que envolveram o ágio amortizado pela fiscalizada, concluiu-se que o mesmo é indedutível para fins fiscais, pelos seguintes motivos, em resumo:

a) não se enquadra no conceito de ágio contabilmente e tributariamente aceito, uma vez que além de não ter sido produto de um efetivo desembolso, originou-se em operação que envolveu partes dependentes (incorporação de ações de Bunge Alimentos por Serrana - Bunge Brasil - em 19/12/2001);

b) a condição para o atendimento do pressuposto de sua amortização para fins fiscais (art. 386, III do RIR/99) foi provocada com a introdução de uma empresa veículo, criada excepcionalmente para este fim, em seguida incorporada, numa operação desprovida de qualquer propósito comercial; ao final em existindo ainda a investidora (controladora) Bunge Brasil, bem como a investida (controlada) Bunge Alimentos, não se confirmou o cumprimento do art. 386, III do RIR/99.”

Cientificado pela via postal, em 29/10/2015, fl. 1064, o sujeito passivo apresentou impugnação, em 27/11/2015, fl. 124122, argumentando, em síntese, o que se segue:

- Em preliminar: alega que a fiscalização não poderia questionar a legalidade dos atos que originaram o direito ao aproveitamento do ágio, que surgiu em 19/12/2001, em virtude da aquisição de ações da Bunge Alimentos pela Serrana. Acrescenta que a incorporação que justificou o início das amortizações fiscais ocorreu em agosto de 2002. Alega que a fiscalização questiona exclusivamente detalhes da formação do ágio e outros aspectos dos atos realizados, ocorridos entre 2001 e 2002. Acrescenta que se isso pudesse ocorrer após tanto tempo, ter-se-ia instaurada a insegurança jurídica, o que representaria contrariedade com princípio fundamental do Estado de Direito, que o instituto da decadência visa exatamente impedir. Conclui que tais atos não podem mais ser objeto de fiscalização e de contestação por parte do fisco, face à norma do parágrafo 4º do art. 150 do CTN. Apresenta doutrina e jurisprudência em seu favor.

- Em seguida, faz um breve relato sobre o regime jurídico no qual aparecem os ágios, e também os deságios para fixar, em resumo, os seguintes pontos de defesa:

a) quando o investimento for sujeito obrigatoriamente ao MEP, no momento da sua aquisição é obrigatório o desdobramento do respectivo custo, face à mandatária redação do art. 20, do Decreto-lei n. 1598/77, ou seja, que não se trata de uma opção dada ao contribuinte, mas de uma determinação para que ele proceda à separação entre o custo avaliado por equivalência e o ágio ou deságio.

b) o citado artigo não traz qualquer limitação do seu alcance em função do modo de aquisição da propriedade da participação societária sujeita à avaliação pelo MEP, daí se extraindo ser irrelevante a contraprestação da aquisição corresponder a um pagamento em dinheiro ou a outra qualquer obrigação da adquirente.

c) ocorrendo a reunião das pessoas jurídicas investidora e investida, por meio de fusão, incorporação ou cisão realizada entre elas, o ágio ou deságio decorrente do desdobramento determinado recebe o tratamento fiscal previsto na Lei n. 9532/97.

d) o ágio em questão é real, efetivo, tendo decorrido de efetiva aquisição de participação societária, a qual, ao contrário do que alega a fiscalização, envolveu partes independentes (os acionistas minoritários de Bunge Alimentos e Bunge Fertilizantes).

e) não houve "fabricação" de um ágio inexistente, com a finalidade de obter uma incabível vantagem fiscal, pois no grupo havia duas companhias abertas, com mais de um terço do seu capital dispersado no mercado acionário, e o objetivo primário foi fechar o capital das duas e concentrar a condição de companhia aberta em uma única sociedade anônima controladora integral daquelas.

f) a referência aos minoritários, além de necessária à demonstração da lisura da operação do ponto de vista societário e regulatório, presta-se a evidenciar que o ágio foi apurado em operação indiscutível do ponto de vista da efetividade, eis que pessoas que não integravam o grupo econômico da Bunge aceitaram os termos propostos na oferta pública de aquisição de ações.

g) a acusação fiscal de se tratar de ágio interno não é correta, pois o ágio em questão nasceu entre partes independentes, uma vez que mais de um terço das ações adquiridas pertenciam a terceiros não relacionados com a Bunge Brasil ou com sua controladora, e, à toda evidência, esta não poderia receber por suas ações transferidas à Bunge Brasil um valor inferior ao que o atribuído aos demais acionistas.

h) as partes do negócio (Serrana e investidores minoritários da Bunge Alimentos) eram independentes, de modo que a Serrana teve que

respeitar regras de mercado para efetivar tal operação, sendo esta integralmente fiscalizada pelos órgãos reguladores do mercado financeiro, a saber, a CVM e o Banco Central.

i) apesar de na operação haver empresas sob controle comum, não se trata de ágio interno, eis que há efetiva participação do mercado (minoritários) na operação, e havendo a efetiva participação de acionistas minoritários na operação de aquisição de participação (representando cerca de um terço das ações da sociedade adquirida), não há que se falar em existência de ágio interno ou ágio de si mesmo.

j) aquisições de participações entre sócios de um mesmo negócio não implica a caracterização do ágio como sendo "interno", pois apenas após a edição da Medida Provisória n. 627/2013, passou a ser vedada a apuração de ágio entre partes relacionadas, uma vez que a lei nova traduz a existência de um comando para o futuro e, igualmente, a inexistência de idêntico comando para o passado.

k) a fiscalização não poderia ter glosado a totalidade da amortização, mas apenas aquela relativa ao ágio calculado sobre as ações que, a seu ver, não tinham justificativa para serem adquiridas com ágio, isto é, as ações da controladora da Bunge Brasil.

l) o ordenamento jurídico não incorporou a existência de propósito negocial como requisito para a validade de negócios jurídicos, de forma que a suposta falta de propósito negocial não poderia motivar a descon sideração dos atos efetivamente praticados pela impugnante.

m) a "mens legis" da norma contida nos art. 7º e 8º da Lei n. 9532/97 é permitir a dedução da amortização de ágio incorrido na aquisição de alguma participação societária desde que se reúnam as duas pessoas jurídicas envolvidas, ou seja, a adquirente e aquela cuja participação societária foi adquirida.

n) opção pela criação da Bunge II de Participações e por sua imediata incorporação foi um meio de atender a outros objetivos não tributários, mormente:

- segregar o ágio relativo à Bunge Alimentos, separadamente do ágio pertinente à Bunge Fertilizantes;

- emparelhar diretamente a amortização do ágio com a geração dos lucros a que se ele se refere, que corresponde à "mens legis", portanto, atendendo não somente à letra, como também ao espírito desta;

- não desfazer os efeitos benéficos no âmbito societário, obtidos com a centralização do controle direto das duas companhias operativas em uma "holding" no Brasil, permitindo que os acionistas das duas continuassem a participar dos resultados de ambas, e não mais apenas do seu investimento original, sem desfazer as vantagens de gestão das empresas operativas.

m) a Bunge II de Participações teve natureza de uma sociedade de propósito específico - SPE, para o qual não eram necessários empregados, nem, tampouco, a realização de outros negócios desconectados com a sua razão de existir. Como também não foi necessário que ela tivesse longa existência.”

Impugnação tempestivamente apresentada, a DRJ-BHE conheceu do recurso e passou ao julgamento da lide. Nesse aspecto, cabe ressaltar que, em decorrência de a DRJ-CTA já ter analisado anteriormente o mesmo caso (Acórdão 06-45.149, 2ª Turma da DRJ/CTA), decorrente dos mesmos fatos em questão, bem como pelo fato de os termos da impugnação se repetirem naquele e neste processo, o órgão julgador de 1ª instância ao reputar correta a referida decisão, adotou-a integralmente, importando para o Acórdão recorrido, tanto as conclusões, quanto as razões de decidir (estas, inclusive, foram transcritas).

A decisão recorrida restou ementada da seguinte forma:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

ÁGIO. PARTES RELACIONADAS. MINORITÁRIOS.

Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

A presença de sócios minoritários diversos não altera a natureza intra-grupo do negócio entre controladora e controlada.

ÁGIO. AQUISIÇÃO NÃO ONEROSA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. INDEDUTIBILIDADE.

Não há possibilidade jurídica da formação de ágio em uma aquisição não onerosa. O pagamento é da essência do ágio.

ÁGIO. EMPRESA VEÍCULO. SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO – SPE.

Não se confundem Sociedade de Propósito Específico – SPE e empresa-veículo. A SPE é pessoa jurídica cujo objetivo é realizar uma atividade econômica materializada em um único empreendimento ou negócio específico. A Empresa-veículo não tem por finalidade o exercício de uma atividade econômica, mas viabilizar o planejamento tributário.

ÁGIO. INCORPORAÇÃO FICTA. INDEDUTIBILIDADE.

A incorporação sem substância econômica que une em uma única sociedade uma pessoa jurídica existente no mundo dos negócios e outra sem existência econômica não é bastante para configurar o requisito legal que autoriza a amortização fiscal do ágio sob pena de fazer letra morta do requisito legal que prevê a necessidade da ocorrência de reorganização societária sob uma de suas formas: incorporação, cisão ou fusão para a amortização fiscal do ágio.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2010, 2011, 2012

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

A decisão relativa ao auto de infração matriz deve ser igualmente aplicada no julgamento do auto de infração conexo, decorrente ou reflexo, no que couber, uma vez que ambos os lançamentos, matriz e reflexo, estão apoiados nos mesmos elementos de convicção.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009

DECADÊNCIA. AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. FATO GERADOR.

O fato gerador do IRPJ é constituído por uma série de eventos jurídicos, ocorridos ao longo do ano-base. Em 31 de dezembro, encerra-se a apuração do imposto. Nessa data, ocorre o fato gerador e surge a obrigação tributária.

DECADÊNCIA. FATOS PRETÉRITOS. NATUREZA PROBATÓRIA. POSSIBILIDADE.

A análise da formação do ágio tem natureza de prova e independentemente da data do fato a que se reporte, está sujeita à livre apreciação pelo fisco que pode efetuar o lançamento com base nela desde que o fato gerador esteja dentro do prazo decadencial.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Ciente da decisão de 1ª instância, o recorrente interpôs Recurso Voluntário reafirmando os argumentos aduzidos na impugnação, acrescentado que:

- a decisão recorrida ao afirmar que a participação do Fundo Bradesco Templeton V.L.F de Investimento em Ações e Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, que já eram sócios da Bunge Alimentos e da Serrana, caracterizaria a existência de operação entre partes ligadas, desconsiderou que a operação se deu no âmbito da Bolsa

de Valores, tendo em vista que as empresas envolvidas eram sociedades anônimas de capital aberto, sobre a estrita vigilância da CVM, que chancelou integralmente a operação;

- a decisão combatida, ao afirmar que “*a existência de minoritários não afasta a condição de dependência entre as pessoas jurídicas aqui envolvidas nos negócios aqui discutidos*”, deveria, ao menos, ter reconhecido a higidez de parcela do ágio apurada sobre a aquisição de ações de partes independentes;

- a interpretação dada pela fiscalização, a qual foi chancelada pela decisão recorrida, no sentido de que seria necessário haver extinção do investimento, não consta do texto legal e, para que fosse válida, teria que pressupor a existência de uma condição implícita, que não é o caso.

Às fls. 1369/1403, a PFN apresentou contrarrazões alegando, em síntese, o seguinte:

- diferentemente do que quer fazer crer a Recorrente, a finalidade do disposto no art. 7º e 8º da Lei 9.532/97 é regular o efeito fiscal da recuperação do ágio na aquisição do investimento, quando este é extinto mediante incorporação/fusão/cisão, com absorção do patrimônio. Se é essa a finalidade do dispositivo legal, não faz sentido permitir a amortização quando não há extinção nem do investidor e nem da sociedade investida;

- não existe nenhuma evidência de que, por meio das regras instituídas na Lei 9.532/97, o legislador pretendia permitir a dedutibilidade imediata do ágio por rentabilidade futura pelo simples fato de ter sido pago, portanto, não se faz cabível a insinuação da recorrente de que o uso de empresa-veículo para possibilitar o aproveitamento fiscal do ágio é “livre” ou “incentivado” pela legislação, muito menos que o evento deflagrador da confusão patrimonial é “mero instrumento” para a consecução da dedutibilidade, na verdade, o evento que conduz à confusão patrimonial é pressuposto inafastável para permitir a dedução da despesa de amortização do ágio;

- a confusão patrimonial deve ter uma causa que não a própria dedução da despesa amortização do ágio, afinal, como poderia algo ser, ao mesmo tempo, causa e efeito;

- ao contrário do que alega a Recorrente, a Lei nº 9.532/97 não veio permitir a amortização do ágio como método de emparelhamento. A amortização sempre foi permitida como método de emparelhamento; a lei 9.532/97 veio para regular, autorizando e limitando, a dedutibilidade fiscal da amortização em determinadas hipóteses;

- no caso em apreço, não houve confusão entre adquirente e adquirida, mas sim a incorporação de empresa veículo sem nenhum propósito ou função que não levar a efeito a crença da recorrente de que todo ágio pago é dedutível;
- a presença de minoritários não implica que este ágio tenha surgido de um “esforço patrimonial”, seja da adquirente seja do controlador majoritário, uma vez que a avaliação da incorporada, seja qual for, não trará qualquer vantagem ou desvantagem patrimonial para o controlador em relação aos minoritários e à sua participação no patrimônio da incorporada; o controlador receberá proporcionalmente o mesmo valor “pago” aos minoritários em novas ações de emissão da incorporadora;
- a mera existência de minoritários, ainda que estes sejam afetados de alguma forma, não descaracteriza o fato de que o ágio foi gerado “intragrupo”, pois o negócio ocorreu entre duas empresas sob controle comum, sob os desígnios de uma só vontade, restando aos minoritários, na ocasião da incorporação, apenas aceitar ou rejeitar as condições postas unilateralmente pelo controlador (obs.: a rejeição dos minoritários não implica no fracasso da operação, mas sim na “realização forçada” de suas ações).

É o relatório.

Voto

De acordo com o Despacho de fl 1365, o Contribuinte juntou ao processo Recurso Voluntário em 08/04/2016. A ciência do Acórdão da impugnação ocorreu em 11/03/2016. Portanto, o presente recurso é tempestivo, motivo pelo qual dele conheço.

DA PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

Alega o Recorrente que o ágio surgiu em virtude da aquisição de ações da Bunge Alimentos pela Serrana, ocorrida em 19.12.2001, e a incorporação que justificou o início das amortizações fiscais (incorporação da Bunge II de Participações pela Bunge Alimentos) ocorreu em agosto de 2002. Logo, tendo em vista que o período base de apuração do IRPJ e da CSLL no presente processo seja relativo aos anos-calendários de 2010, 2011 e 2012, tais fatos estariam atingidos pela decadência.

No entanto, a referida preliminar não merece provimento.

Isto porque, para a constituição de créditos de IRPJ e CSLL, o Código Tributário Nacional prevê a modalidade de lançamento por homologação, no qual a atividade administrativa limitar-se-á a verificação da atividade do contribuinte, ou seja, compor a base de cálculo, aplicar a alíquota e efetuar o pagamento.

Desta feita, conclui-se que a homologação procedida pelo Fisco denota-se pela apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL realizada pelo contribuinte, e não pela verificação do ágio registrado, ou qualquer outro elemento patrimonial, ainda que definitivamente constituído. Logo, o prazo decadencial correrá em face do fato gerador da obrigação tributária, e não sobre qualquer operação contabilizada.

Apenas quando se verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária é que surge contra o Fisco o prazo para a homologação dos elementos que dão origem aos créditos passíveis de constituição. O prazo para controle dos registros patrimoniais com possibilidade de repercussão tributária no futuro é definido em função do prazo para gozar do crédito decorrente.

Neste contexto, pode a autoridade fiscal, no prazo de que dispõe para rever o período de apuração no qual foi aproveitado, exigir prova de sua efetividade e formação e, na ausência desta, negar sua utilização.

É, exatamente, para ter esse controle que o art. 37 da Lei nº 9.430/96 estabelece que:

“Art. 37. Os comprovantes da escrituração da pessoa jurídica, relativos a fatos que repercutam em lançamentos contábeis de exercícios futuros, serão conservados até que se opere a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir os créditos tributários relativos a esses exercícios.”

Assim, a jurisprudência, a meu ver pacífica do CARF, converge no sentido de que *“se a lei determina que o sujeito passivo deva guardar documentos referentes a negócios jurídicos que venham produzir efeitos fiscais futuros, há de se concluir, necessariamente, que essa lei dá ao fisco o direito de examiná-los. Pois não haveria razão de a lei tributária exigir que o sujeito passivo guardasse documentos se não fosse para ficarem à disposição de eventual exame pela autoridade tributária. E se a lei confere ao fisco o direito de examinar aqueles documentos, é porque também lhe dá o direito de vir a questionar os negócios jurídicos ali registrados, desde que para constituir créditos tributários relativos a fatos geradores ocorridos em períodos posteriores, ainda não alcançados pela decadência, nos termos do art. 150, § 4º, e do art. 173, I, ambos do CTN.”* (Acórdão: 9101-002.387, Número do Processo: 10970.720271/2012-11, Data de Publicação: 14/09/2016, Contribuinte: METALSIDER LTDA, Relator(a): LUIS FLAVIO NETO)

Para reforçar o entendimento esposado, transcreve-se trecho do Acórdão nº 1302-001.817, de relatoria da Conselheira Edeli Pereira Bessa, para quem *“a homologação tácita prevista no art. 150, §4º do CTN recai sobre a atividade de apuração do crédito tributário pelo sujeito passivo, em regra revelada ao Fisco por meio do pagamento ou da confissão da dívida. O registro contábil do ágio não afeta o resultado tributável antes de sua amortização fiscal, e assim não integra a atividade de apuração do crédito tributário. Logo, somente se cogitará de revisão da atividade de lançamento a partir do momento em que esta for praticada, ou seja, a partir do momento em que a amortização do ágio afetar a determinação do crédito tributário.”*

Em face do exposto, tendo em conta que o ágio apurado em 2001 e 2002 só foi amortizado nos anos de 2010 a 2012, quando fez valer-se de sua condição de direito creditório, alterando a base de cálculo dos tributos e, assim, sendo passível de glosa pelo Fisco, entendo adequada a formalização da exigência em tela. Por conseguinte, REJEITO a preliminar de decadência arguida.

Processo nº 11080.726429/2015-99
Acórdão n.º **1302-002.060**

S1-C3T2
Fl. 1.415

DO MÉRITO

Para esclarecer-se acerca das operações de reestruturação societárias que deram origem às despesas de ágio em discussão neste processo, colaciono trechos do Relatório de Ação Fiscal:

2.3.1 - Reestruturação societária do grupo Bunge

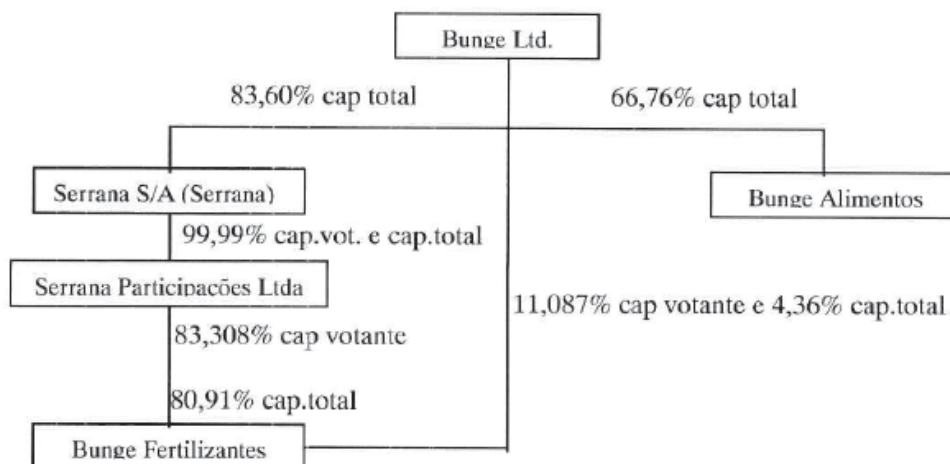
A reestruturação societária do grupo Bunge foi realizada em etapas.

a) Primeira Etapa

A primeira etapa da reestruturação societária do grupo Bunge se deu em 19/12/2001, com a incorporação de ações de Bunge Alimentos e Bunge Fertilizantes, por Serrana (Bunge Brasil):

- a) Bunge Alimentos, Bunge Fertilizantes e Serrana eram empresas de capital aberto controladas por Bunge Ltd;
- b) Em 19/12/2001, Serrana adquiriu a totalidade das ações de Bunge Alimentos e Bunge Fertilizantes - esta aquisição foi operacionalizada pela substituição das ações de Bunge Alimentos e Bunge Fertilizantes pelas de Serrana;
- c) Serrana trocou a razão social para Bunge Brasil;
- d) Bunge Alimentos e Bunge Fertilizantes passaram a ser subsidiárias integrais de Bunge Brasil e, conseqüentemente, suas ações retiradas do mercado;
- e) Nesta fase, foi gerado um ágio em Bunge Brasil, pela incorporação da totalidade das ações de Bunge Alimentos, no valor de R\$ 943.454.609,32, contra aumento de capital social (não entraremos no mérito do ágio gerado pela incorporação das ações de Bunge Fertilizantes, tendo em vista não ser objeto de nosso trabalho).

Pode-se representar graficamente a posição de Serrana, Bunge Alimentos e Bunge Fertilizantes no grupo Bunge, antes da incorporação de ações, conforme o disposto na próxima página (dados extraídos dos Laudos de Avaliação Econômico-financeira de Bunge Alimentos e Serrana, fls. 544 a 566):



Antes da incorporação de ações ocorrida em 19/12/2001, tanto Bunge Alimentos quanto Bunge Fertilizantes e Serrana eram controladas por Bunge Ltd., empresa global integrada de agronegócios e alimentos, atuando desde a produção de insumos até o consumidor final, com sede em Bermuda. No Brasil, a empresa tem posição de destaque na indústria de alimentos através da Bunge Alimentos, e na indústria de fertilizantes através da Bunge Fertilizantes.

Conforme organograma apresentado no Laudo de Avaliação Econômico-financeira de Bunge Alimentos, datado de 30/11/2001 (fl.558), a participação direta de Bunge Ltd. nesta era, antes da retirada de suas ações do mercado, de 66,76% do capital total. Os outros 33,24% do capital de Bunge Alimentos estavam distribuídos entre acionistas minoritários não pertencentes ao grupo Bunge, entre eles a Caixa Prev. Func. Banco do Brasil, com 8,71%.

Com relação à Serrana, conforme organograma também apresentado no Laudo de Avaliação Econômico-financeira datado de 30/11/2001 (fl.546), a participação direta de Bunge Ltd. no seu capital total era de 83,60%. Os outros 16,40% do capital total de Serrana estavam distribuídos entre acionistas minoritários não pertencentes ao grupo Bunge, entre eles a Caixa Prev. Func. Banco do Brasil, com 4,02%.

Conforme Ata de Reunião do Conselho de Administração de Serrana de 26/04/2001, eram diretores da mesma até 19/12/2001³: Mario Alves Barbosa Neto, como Diretor Presidente; Vital Jorge Lopes, como Diretor Financeiro e de Relações com Investidores; Paulo César Matias Tinoco, Milton Notrispe, Carlo Filippo Massimiliano Lovatelli, como Diretores.

Conforme Ata de AGO de 26/04/1999 realizada em Serrana, eram membros do Conselho de Administração desta, até 19/12/2001⁴: Alberto Weisser, Oscar de Paula Bernardes Neto, Mario Alves Barbosa Neto, Eliezer Batista da Silva, Geraldo Hess, Vilmar de Oliveira Shurmann.

Conforme Ata de Reunião do Conselho de Administração de Bunge Alimentos de 26/04/2000, eram diretores desta em 19/12/2001: Vilmar de Oliveira Shurmann, como Diretor Presidente, Rubens Abrahão Barhum, Ernesto Augusto Ferreira, Haroldo Pedro Gianezini, Hélio José Bernz, José Zílio, Murilo Braz Sant'Anna, Charles von der Heyde, como diretores.

Conforme Ata de AGE de 06/11/2000, realizada em Bunge Alimentos, eram membros do Conselho de Administração desta, em 19/12/2001: Alberto Weisser, Oscar de Paula Bernardes Neto, Vilmar de Oliveira Shurmann, Roberto Teixeira da Costa, José Julio Cardoso de Lucena, João Fernando Kfour, Eliezer Batista da Silva, Pedro Henrique Nogueira Damasceno, José Luiz de Melo.

Conforme Ata de Assembléia Geral Extraordinária –AGE de Bunge Alimentos, datada de 19/12/2001, na qual estiveram presentes acionistas representantes de mais de 2/3 do capital com direito a voto, **foi aprovado o Protocolo de Incorporação e Justificação para a incorporação da totalidade das ações desta, datado de 03/12/2001** (114.856.857.462 ações escriturais sem valor nominal, sendo 91.236.223.073 ações ordinárias e 23.620.634.389 ações preferenciais) por Serrana, bem como os Laudos de Avaliação elaborados por empresas avaliadoras, e as alterações do seu Estatuto Social.

Assinaram a referida Ata: Vilmar de Oliveira Shurmann e Antônio Carlos da Silva, Presidente e Secretário da Mesa Diretora da Assembléia; Wladir F. Johann, por Bunge Limited e por Bunge Invest. e Consultoria Ltda; Paulo Roberto Ostermann, por Caixa de Prev. dos Funcionários do Banco do Brasil Previ; Mauro Rodrigues Cunha e Sergio Ros Brasil, pelo Fundo Bradesco Templeton V.L.F. do Invest. Ações; Milton Notrispe (que também era Diretor de Serrana conforme Ata de Reunião do Conselho de Administração desta, de 26/04/2001); Sergio Sabino da Silva; José Jaciel Karoleski (como representante dos membros do Conselho Fiscal); João Carlos dos Santos e Mauro Gentile Rodrigues da Cunha (**tanto o Fundo Bradesco Templeton V.L.F. de Invest. Ações quanto a Caixa de Prev. dos Funcionários do Banco do Brasil Previ também eram acionistas de Serrana**).

Segundo o Protocolo de Incorporação e Justificação de 03/12/2001, firmado entre os administradores das empresas Bunge Alimentos, Bunge Fertilizantes e Serrana (fls.567/573), a incorporação por esta da totalidade das ações de Bunge Fertilizantes e Bunge Alimentos se justificou por ser interesse das mesmas a manutenção de apenas uma empresa de capital aberto com ações negociadas em bolsa possibilitando obter maior porte e escala e melhor acesso aos mercados financeiro e de capitais, além de proporcionar maior agilidade na administração dos negócios e benefícios para as empresas envolvidas. **Assinaram referido Protocolo de Incorporação, por Bunge Alimentos: Jose Julio C. de Lucena e Milton Notrispe (sendo que este último era também diretor de Serrana conforme Ata de Reunião do Conselho de Administração desta, de 26/04/2001), e por Serrana: Mário Alves Barbosa Neto e Vital Jorge Lopes.**

Conforme consta do referido protocolo:

“Será proposto à Assembléia Geral Extraordinária da SERRANA que as incorporações sejam feitas com base no valor econômico; em decorrência das incorporações de ações, o capital da SERRANA será aumentado em aproximadamente R\$ 700.500.000,00, passando de R\$ 391.471.000,00 para R\$ 1.091.971.000,00 destinando-se aproximadamente R\$ 1.425.000.000,00 a reserva de capital”.

Como anexo 3 à Ata de AGE de 19/12/2001 realizada em Bunge Alimentos encontra-se o Laudo de Avaliação Econômico-financeira da empresa (fls.556/566), elaborado por empresa especializada em 30/11/2001, com base no método de fluxo de caixa descontado consolidado na data base de 30/09/2001. Segundo referido Laudo, **o valor econômico-financeiro de 100% das ações de Bunge Alimentos, nesta data, seria de R\$1.793.459.000,00.** Os acionistas de Bunge Alimentos, cujas ações foram incorporadas por Serrana, receberam ações desta em substituição.

Conforme Ata de Assembléia Geral Extraordinária – AGE de Serrana, datada de 19/12/2001 (fls.585/591), na qual estiveram presentes acionistas representantes de mais de 2/3 do capital com direito a voto, **foi aprovada a incorporação de ações das empresas Bunge Alimentos e Bunge Fertilizantes** com base nos respectivos valores econômicos apurados conforme Laudos de Avaliação, bem como o aumento do capital social subscrito e integralizado de R\$391.471.000,00 para R\$1.091.971.000,00. **A mesma assembléia aprovou ainda a alteração da sua denominação para Bunge Brasil.**

Assinaram a Ata: Mario Alves Barbosa Neto e Hildegard Gutz Horta, como Presidente e Secretária da Mesa Diretora da Assembléia; Hildegard Gutz Horta, por Almenara S/A, por Biymar Limited, por Bunge Limited, por Deanshill Limited, por Firdia S/A, por La Ceres S/A, por Luberon S/A, por Rilena S/A, por Tenser S/A, por Participações Epsilon S/C Ltda, por Alberto Weisser; Mario Alves Barbosa Neto; Mauro Gentile Rodrigues da Cunha (que também assinou pelo Fundo Bradesco Templeton V.L.Fdo Invest. Ações, em Ata de 19/12/2001 de Bunge Alimentos); Vera Lucia Minetti Sanches, pela Caixa de Prev. dos Funcionários do Banco do Brasil Previ; Mauro Gentile Rodrigues da Cunha e Sergio Ros Brasil, pelo Fundo Bradesco Templeton V.L.Fdo Invest. Ações (**tanto o Fundo Bradesco Templeton V.L.F. de Invest. Ações quanto a Caixa de Prev. dos Funcionários do Banco do Brasil Previ também eram acionistas de Bunge Alimentos**).

A Bunge Fertilizantes, que incorporou a Bunge Brasil (ex-Serrana), informou (fl.377), que Serrana contabilizou, na ocasião, a aquisição do investimento em Bunge Alimentos, **com ágio fundamentado em rentabilidade futura**, e com base no patrimônio líquido desta de 30/11/2001, conforme Balanço Patrimonial de Bunge Alimentos em anexo:

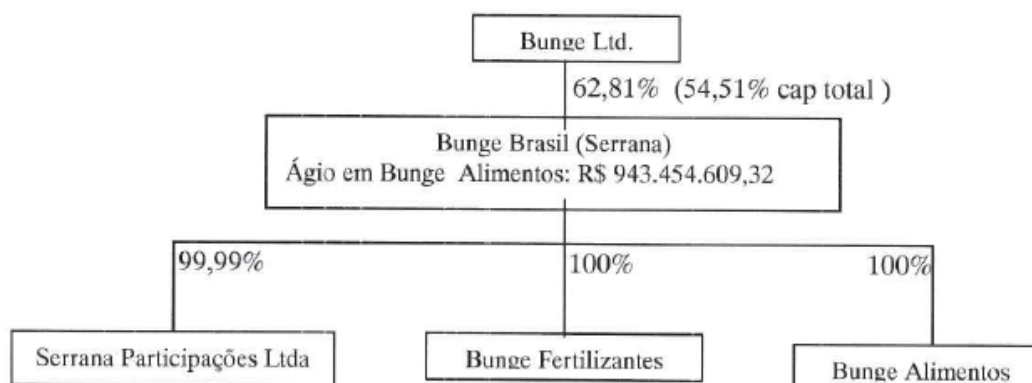
Investimento em Bunge Alimentos:

D- Conta 1311516 Part. Soc. Bunge Alimentos	R\$ 850.004.390,68
D – Conta 1313516 Part.Soc.Ágio/Desag.Bunge Alimentos	R\$ 943.454.609,32
Total	R\$1.793.459.000,00

Juntamente com o Relatório de Avaliação Econômico-Financeira de Bunge Alimentos, foram apresentados:

- Laudo de avaliação do patrimônio líquido contábil em 30/09/2001 no valor de R\$ 591.629.000,00 (fls.539/543), elaborado em 29/11/2001;
- Laudos de avaliação dos bens integrantes do ativo imobilizado a valor de mercado, de 30/09/2001, em R\$ 750.054.813,00 – divisão Ceval (R\$740.930.762,00 + R\$ 9.124.051,00, fls.493/516) e em R\$ 442.324.967,00 – divisão Santista (R\$ 435.736.099,00 + R\$ 6.588.868,00, fls.517/538).

Após a incorporação de ações de Bunge Alimentos e Bunge Fertilizantes por Serrana (Bunge Brasil), pode-se representar graficamente da seguinte forma a posição de ambas as empresas no grupo Bunge, considerando o capital votante:



b) Segunda Etapa

A segunda etapa da reestruturação societária do grupo Bunge ocorreu no ano-calendário de 2002, com a transferência do ágio criado em Bunge Brasil (ex Serrana) por conta da incorporação de ações das empresas Bunge Alimentos e Bunge Fertilizantes, para o ativo das mesmas, mediante a criação e incorporação das empresas Bunge II e Bunge I.

Esta segunda etapa teve por **única finalidade o aproveitamento fiscal do ágio criado em Bunge Brasil (ex Serrana)**, conforme restou evidente nas Notas Explicativas da Administração às Demonstrações Financeiras Anuais Completas de Bunge Brasil, de 31/12/2002 (fl.642), bem como na Nota Explicativa nº 20 às Informações Trimestrais – ITR, relativas ao segundo trimestre de 2002 da Bunge Alimentos (fl.672), que fazem referência à Reunião do Conselho de Administração de 13/08/2002:

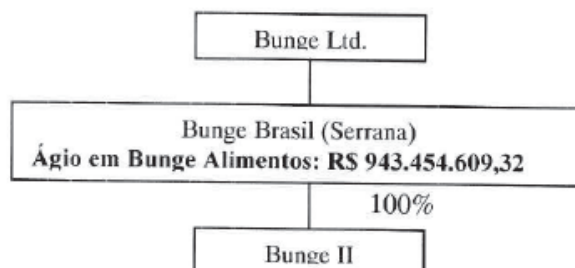
Em agosto de 2002, o Conselho de administração da controladora Bunge Brasil S.A. deliberou tomar as seguintes providências para permitir a utilização dos créditos tributários relativos aos ágios apurados quando da aquisição pela Bunge Brasil S.A. da totalidade das ações da Bunge Alimentos S.A. e da Bunge Fertilizantes S.A., através da incorporação de ações:

- (i) Transferência dos investimentos nas subsidiárias integrais Bunge Alimentos S.A. e Bunge Fertilizantes S.A., respectivamente para as subsidiárias integrais constituídas para este fim, Bunge I de Participações S.A. e Bunge II de Participações S.A., a título de integralização de capital pelos valores contábeis dos investimentos transferidos; e*
- (ii) Efetivar as incorporações inversas de Bunge I de Participações S.A. em Bunge Fertilizantes S.A. e de Bunge II de Participações S.A. em Bunge Alimentos S.A.*

(grifou-se)

Dando destaque apenas à parte da operação que se referiu à incorporação das ações de Bunge Alimentos, e que gerou em Bunge Brasil (antiga Serrana) um ágio no valor de R\$943.454.609,32 (o qual depois veio a refletir na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL da fiscalizada, nos anos-calendário sob fiscalização), será tratada no presente tópico apenas a constituição e incorporação de Bunge II.

Segundo consta da Escritura Pública de Constituição de Subsidiária integral (datada de 29/05/2002 – fls.618/621), **Bunge Brasil** (antiga Serrana), por meio de seus diretores José Julio Cardoso de Lucena e Milton Notrispe (os mesmos que assinaram na condição de administradores de Bunge Alimentos no Protocolo de Incorporação e Justificação já citado), **constituiu uma subsidiária integral** sob a forma de sociedade por ações denominada **Bunge II**, com capital social subscrito e integralizado de R\$ 10.000,00, representado por uma ação ordinária nominativa e sem valor nominal, tendo como objeto a participação em outras sociedades e tendo como sede **o mesmo endereço de Bunge Alimentos**: Rodovia Jorge Lacerda s/nº, km 20, município de Gaspar/SC.



Foram eleitos como Diretor Presidente da sociedade José Julio Cardoso de Lucena (**diretor de Bunge Alimentos** conforme AGE de 29/04/2002 e de **Bunge Brasil**, conforme Ata de Reunião do Conselho de Administração de 30/04/2002), e como Diretores Vice-Presidentes: Milton Notrispe (**diretor de Bunge Alimentos** conforme AGE de 29/04/2002 e de **Bunge Brasil**, conforme Ata de Reunião do Conselho de Administração de 30/04/2002), Sergio Sabino da Silva (**diretor de Bunge Alimentos** conforme AGE de 29/04/2002) e Vital Jorge Lopes (que assinou como administrador das empresas Serrana e Bunge Fertilizantes no Protocolo de Incorporação e Justificação).

Conforme AGE de 15/08/2002 em Bunge II (fl.624), Laudo de Avaliação a valores contábeis do patrimônio líquido de Bunge II elaborado em 19/08/2002 (fls.627/630), já ajustado pelo aumento de capital de 15/08/2002, e Diário Geral de Bunge II para o ano-calendário de 2002 (fl.681), **em 15/08/2002 ocorreu o aumento de capital nesta no valor de R\$ 1.591.205.271,26, subscrito e integralizado por Bunge Brasil com a conferência do investimento devido em Bunge Alimentos.** O novo capital social de Bunge II passou a ser de R\$ 1.591.215.271,26, representado por 1 ação ordinária nominativa sem valor nominal.



Na ocasião, Bunge II registrou contabilmente, pela aquisição do investimento em Bunge Alimentos (conforme Diário Geral de Bunge II para o ano-calendário de 2002 – fl.681):

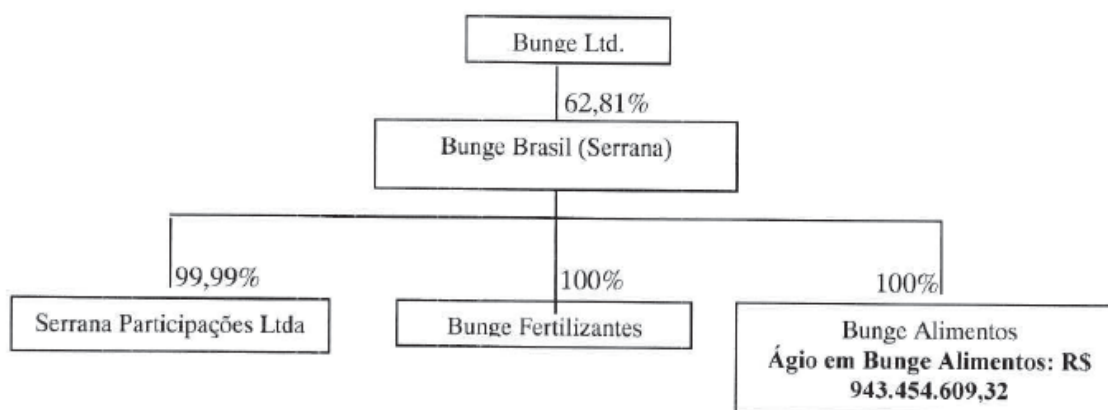
D – Investimento em Bunge Alimentos	R\$ 647.750.661,94
D – Ágio Investimentos em Bunge Alimentos	R\$ 943.454.609,32 *
C – Capital Social	R\$ 1.591.205.271,26

* *Ágio este contabilizado no mesmo valor do ágio apurado quando da incorporação das ações de Bunge Alimentos por Serrana em 19/12/2001, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura daquela, conforme Laudo de Avaliação elaborado na época, em 30/11/2001.*

Segundo Bunge Alimentos (fls.365/368), o valor contabilizado em Bunge II a título de investimento em Bunge Alimentos e ágio foram obtidos considerando o valor do patrimônio líquido desta de R\$ 647.750.661,94, em 30/06/2002, apontado no Laudo de Avaliação a valores contábeis do patrimônio líquido de Bunge II de 19/08/2002 (fls. 627/630).

Em 29/08/2002, apenas três meses depois de ser constituída, quatorze dias depois do aumento de seu capital social conforme AGE de 15/08/2002, e antes mesmo do registro do referido aumento pela Junta Comercial– o registro se deu apenas em 04/09/2002, **Bunge II foi incorporada por Bunge Alimentos**, conforme Atas de AGE realizadas em Bunge Alimentos e em Bunge II nesta data, que aprovaram o Protocolo de Justificação de Incorporação datado de 15/08/2002 (mesma data do aumento de capital em Bunge II) e o Laudo de Avaliação a valores contábeis do patrimônio líquido de Bunge II elaborado em 19/08/2002 (ajustado pelo aumento de capital realizado em 15/08/2002). Conforme referido Laudo de Avaliação, o patrimônio líquido de Bunge II foi avaliado em R\$ 1.591.215.271,26.

Com a referida incorporação, o ágio no valor de R\$ 943.454.609,32 apurado quando da incorporação das ações de Bunge Alimentos por Serrana em 19/12/2001, fundamentado na expectativa de rentabilidade futura daquela conforme Laudo de Avaliação elaborado na época, em 30/11/2001, passou a compor o Ativo da própria Bunge Alimentos.



Segundo Diário e Razões de Bunge Alimentos, em 31/08/2002 (fls.686/692), esta contabilizou, pela incorporação de Bunge II:

D – Conta 4820 Incorporação R\$ 943.454.609,32 Ágio Investimento Contr. Bunge II
C - Conta 4820 Incorporação R\$ 943.454.609,32 Reserva de Capi. Bunge II

O Protocolo de Justificação de Incorporação datado de 15/08/2002 (assinado por Milton Notrispe e Sergio Sabino da Silva, ambos como representantes da incorporada e da incorporadora) não trouxe justificativa para a incorporação de Bunge II por Bunge Alimentos, se atendo às seguintes considerações:

- “ 1. a atividade da sociedade Incorporada pode ser exercida pela Incorporadora sem solução de continuidade;
2. a reestruturação objeto desse protocolo, que as partes entendem plenamente justificada, consiste na incorporação da Incorporada pela Incorporadora, que se efetivará da seguinte forma.”

Bunge Alimentos (fl.359), justificou a criação e incorporação dois meses depois da empresa Bunge II, da seguinte forma:

“O Grupo BUNGE, através das Companhias Serrana S/A(Bunge Brasil S/A), Bunge Alimentos S/A e Bunge Fertilizantes S/A, todas empresas de capital aberto com ações negociadas em Bolsa de Valores Mobiliários, buscando consolidar seu negócio nos ramos de Alimentos e Fertilizantes no Brasil, efetuou processo de simplificação de suas organizações societárias, concluindo por manter apenas uma empresa de capital aberto, possibilitando obter maior porte e escala e melhor acesso aos mercados financeiros e de capitais.

Desta forma realizou operação pública de incorporações de ações, transformando as empresas Bunge Alimentos S/A e Bunge Fertilizantes S/A em subsidiárias integrais, além de concentrar todos os ativos relacionados a cada negócio nas respectivas empresas operacionais.

Os principais benefícios obtidos na reestruturação foram:

- *Maior transparência para o mercado de capitais decorrentes da consolidação das informações das empresas e conseqüente fortalecimento do balanço patrimonial, que permitiu otimizar o acesso ao mercado financeiro e seus respectivos custos de captação;*
- *Redução de custos administrativos e financeiros decorrentes da concentração das operações sob uma única empresa negociada em Bolsa;*
- *Maior integração operacional entre as empresas, o que permitiu melhor aproveitamento de sinergias já existente entre os dois negócios*

Em conseqüência dos principais objetivos acima descritos, obteve também benefício secundário fiscal da amortização dos ágios devidamente constituídos e fundamentados conforme previsão legal.

Toda a reestruturação do grupo BUNGE, que se iniciou em 2002, tem como objetivo norteador o fortalecimento da atuação no Brasil, com objetivos e estratégias divulgadas ao mercado brasileiro à época, gerando recursos e contribuindo para o crescimento da nação.

A empresa BUNGE II DE PARTICIPAÇÕES S/A estava inserida neste processo de consolidação, visando o alcance de todos os objetivos e metas descritas, detendo ativos relacionados ao negócio de alimentos.”

Grifou-se

Ressalta-se que a sociedade Bunge II **não exerceu qualquer atividade operacional durante seu curto período de existência.** Os únicos registros contábeis realizados dizem respeito à integralização e aumento de seu capital, e a sua incorporação.

c) Terceira Etapa

A terceira etapa da reestruturação societária do grupo Bunge ocorreu em 08/04/2003 e consistiu numa cisão parcial de Bunge Alimentos, transferindo ágio para Solae no valor de R\$92.828.385,92, remanescendo R\$850.626.223,40 em Bunge Alimentos, conforme já descrito no item 2.2 do presente relatório.

Com relação à Reserva de Capital com Ágio existente em Bunge Alimentos, no valor de R\$ 943.454.609,32, esta foi utilizada pela mesma, conforme Ata de AGOE de 09/04/2003 (fls. 458/466):

- a. R\$ 268.798.361,46 para absorção dos prejuízos acumulados de 31/12/2002;
- b. R\$ 674.656.247,86 para capitalização.

Como bem delimitado pela decisão recorrida, a solução da lide deve passar por dois questionamentos: a) a existência de partes não ligadas e o efetivo pagamento são pressupostos para a formação do ágio? b) a incorporação que se utiliza de uma empresa-veículo é bastante para autorizar a amortização fiscal do ágio?

Do Ágio Interno e seu Efetivo Pagamento

O ponto de partida para as discussões sobre reconhecimento do ágio, deve ser a análise dos dispositivos legais aplicáveis.

De outra forma não poderia ser, haja vista estarmos frente ao Direito Tributário Brasileiro que, por sua estreita vinculação à lei, fez supor que mais do que sua atinência ao princípio da legalidade, o mesmo deve observância ao princípio da tipicidade cerrada.

No âmbito da legalidade, então, não havia nenhuma restrição ao aproveitamento do ágio em relação a operações efetuadas com partes relacionadas, até o advento da Lei nº 12.973/2014, o que admitia o ágio gerado no mesmo grupo econômico.

Nesse aspecto, é importante ressaltar que a oposição ao ágio interno possui raízes vincadas na contabilidade. Isto porque, o ágio, como o mais intangível dos intangíveis, por implicar uma grande dificuldade de mensuração, fez com que a teoria contábil apenas admitisse seu reconhecimento quando decorrente de uma negociação de mercado (“*at arm’s length*”), e não conhecesse daquele ágio avaliado no interior de um grupo econômico.

Outrossim, diferentemente do que consta na decisão recorrida, entendo que, o fato de a Lei nº 12.973/2014 proibir, expressamente, a dedutibilidade do *goodwill* surgido em operações societárias realizadas entre partes dependentes, **confirma** que, sob a égide da legislação tributária anterior, não era proibida a amortização do ágio gerado entre partes dependentes.

Isto porque, não obstante a inexistência de restrição pela lei vigente à época, a lógica, permite o seguinte raciocínio: se lei nova vem impor uma restrição a um evento já regulado por outra lei anterior, conclui-se que antes da referida restrição entrar em vigor, a conduta era permitida; pois a hermenêutica impõe que a lei não possui palavras inúteis – *verba cum effectu sunt accipienda*.

Ressalta-se que, como afirmam Sacha Calmon e Eduardo Junqueira (O Ágio no Direito Tributário e Societário: Questões atuais. São Paulo: Quartier Latin. 2015. p. 91), “a finalidade da contabilidade é expressar de forma fidedigna a realidade patrimonial da entidade ou de um grupo de empresas (por meio de balanços consolidados ou de outra técnica de consolidação), enquanto o Direito Tributário se presta a outros fins, não havendo sentido em se igualar o tratamento contábil do ágio ao tributário, se a lei tributária criou um conceito autônomo, com efeitos próprios”.

Desta feita, aqui deve-se reconhecer o distanciamento entre a teoria contábil e a tributária pois, embora contabilmente o ágio exija uma participação de terceiros, a legislação tributária jamais trouxe semelhante ressalva. Do ponto de vista tributário, o investidor deve, **sempre**, registrar um ágio que corresponderá, **sempre**, à diferença positiva entre o valor patrimonial e o preço pago pela participação societária, como exige o art. 20 do Decreto-Lei 1.598/77, não cabendo ao intérprete distinguir onde a lei não distingue.

A determinação do ágio, contida no dispositivo de lei mencionado no parágrafo anterior, bem como a possibilidade de sua amortização são reproduzidos no Regulamento do Imposto de Renda, nos artigos 385 e 386 do RIR/99, in verbis:

“Desdobramento do Custo de Aquisição

Art. 385. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20):

I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo seguinte; e

II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o inciso anterior.

§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 1º).

§ 2º O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 2º):

I - valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;

II - valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;

III - fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

§ 3º O lançamento com os fundamentos de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 20, § 3º).

Tratamento Tributário do Ágio ou Deságio nos Casos de Incorporação, Fusão ou Cisão

Art. 386. A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

I - deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata o inciso I do § 2º do artigo anterior, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II - deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso III do § 2º do artigo anterior, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III - poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata o inciso II do § 2º do artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

(...)”

Portanto, na legislação tributária aplicável vigente à época, denota-se não haver qualquer distinção entre o ágio gerado entre partes independentes e aquele ocorrido dentro de um mesmo grupo econômico, o que autoriza a apuração de ágio nos casos de incorporações ocorridas antes da entrada em vigor da Lei 12.973/2014.

De outro bordo, o acórdão recorrido sustenta que o ágio originou-se de uma operação não-onerosa, em que não houve pagamento, logo “*se o ágio é o sobre preço, há impossibilidade jurídica de sua existência em uma aquisição não onerosa*”. Assim, sustenta que o efetivo pagamento, é pressuposto para formação do ágio, de forma a infirmar a ocorrência do ágio aqui discutido.

No entanto, com relação à substância econômica da operação que gera o ágio, o art. 385, § 2º do RIR/99 determina os possíveis fundamentos econômicos, dentre eles está o valor da rentabilidade futura. Portanto, novamente, a decisão de 1ª instância confunde conceitos; aqui o conceito de “fundamento econômico” é confundido com “pagamento de terceiros”, sendo que este somente pode haver entre partes independentes; aquele, porém, pode ocorrer entre empresas de um mesmo grupo econômico.

Neste sentido, vale a transcrição de trechos do voto vencedor do Acórdão n.º 1101-00.701 (1ª Câmara/1ª Turma Ordinária), conforme segue:

“Conforme se vê, o art. 385 do RIR/1999, acima transcrito, define o que é ágio, regra o seu registro e é dele que se infere os pressupostos do ágio. Como se lê, o ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Além disso, conforme a legislação tributária, para fins fiscais, o ágio surge na aquisição de quotas/ações por valor maior que o patrimonial.

Tanto faz que a aquisição decorra de uma compra, ou decorra da aceitação que a subscrição seja feita por entrega de quotas/ações, recebidas por valor acima do valor patrimonial. A aquisição é gênero, do qual a compra ou a troca, por exemplo, são espécies.

Por isso, se a integralização na empresa "C" é feita, pela entrega de quotas da empresa "B", por valor superior ao valor patrimonial das ações/quotas da empresa "B", a empresa "C" adquire essas ações/quotas do mesmo modo que as adquiriria se as estivesse comprando. Pretender dizer que só ocorre aquisição se houver a compra da participação é um grave equívoco, baseado em uma alteração arbitrária e sem fundamento do conceito de aquisição. Mais grave é o erro se pretender dizer que tal operação só seja considerada aquisição se "A" e "C" não forem do mesmo grupo econômico.

(...)

Pagamento é a contrapartida da compra e venda, uma das formas de aquisição da participação. Fundamento econômico do ágio é a razão de ser da mais valia sobre o valor patrimonial. O fato da operação ser entre empresas do grupo não altera a mais valia das ações negociadas.

A legislação fiscal prevê as formas como este fundamento econômico pode ser expresso (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) e como deve ser determinado e documentado. No caso presente o fundamento econômico foi rentabilidade futura avaliada por laudo e esta hipótese está prevista na regra de tributação. Portanto, no caso concreto existe o fundamento econômico do ágio.

Inclusive, é preciso destacar que a avaliação não foi questionada em nenhum momento pela fiscalização.

De fato, apesar da fiscalização alegar a inexistência de fundamento econômico, ela o faz se referendo ausência de pagamento por terceiros, já que a aquisição foi por meio de aceitação das ações/quotas da investida como integralização de capital entre empresas do mesmo grupo. Assim, o Fisco duvida do fundamento econômico, por confundir fundamento econômico com pagamento de terceiro estranho ao grupo, e não faz qualquer esforço para infirmar o laudo que é o instrumento legal que garante o fundamento econômico nos termos exigidos pela legislação fiscal." (grifos)

Conforme a exposição acima transcrita, a "aquisição" presente no art. 385, II, do RIR/99, é gênero, do qual a compra ou a troca, por exemplo, são espécies. **No caso, a subscrição de ações de uma empresa em outra é uma espécie, isto é, um meio pelo qual se pode adquirir uma empresa, seja por incorporação, cisão ou fusão.**

Além disso, a legislação acima colacionada exige a presença de um fundamento econômico, e discrimina os possíveis fundamentos para tanto. Portanto, presente qualquer dos fundamentos elencados no dispositivo, a operação caracteriza-se como onerosa, e o ágio é existente. Não há, como dito alhures, exigência de um pagamento efetuado por terceiros para que se caracterize a onerosidade da operação. Neste ponto, também discordo da decisão de 1ª instância.

Da Acepção do Vocábulo Incorporação

Outro ponto controvertido entre as alegações da PGFN e Recorrente, reside nas distintas interpretações conferidas ao comando do art. 7º e 8º da Lei 9.532/97.

Isto porque, enquanto a PGFN afirma que não faz sentido permitir amortização quando não há extinção nem do investidor e nem da sociedade investida; o Recorrente, de maneira distinta, assevera que a lei não condiciona, nem implícita nem tacitamente, a amortização fiscal à extinção da pessoa jurídica; o que a lei requer é a união, em um mesmo patrimônio, do ágio com receitas que o justificaram, a fim de haver o devido emparelhamento entre custo e receita, isso podendo ocorrer mesmo que não haja extinção da sociedade.

Neste ponto, é importante destacar que a extinção e a união de patrimônios são pressupostos de dois institutos jurídico-societários distintos, são estes: a incorporação de sociedade e incorporação de ações, respectivamente.

Nelson Eizirik (Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 82-83) afirma que, nos termos da Lei 227 da Lei Societária, a incorporação de sociedade constitui operação mediante a qual uma das sociedades é absorvida por outra, que lhe sucede em todos os direitos e obrigações. Assim, em decorrência da incorporação, a sociedade incorporada desaparece e o seu patrimônio é incorporado à sociedade incorporadora, recebendo, em substituição às suas antigas ações, ações de emissão da sociedade incorporadora.

Por sua vez, a incorporação de ações, como antes referido, constitui a operação pela qual uma sociedade anônima é convertida em subsidiária integral de outra companhia brasileira, estando expressamente prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76.

Desta forma, fica claro que o pressuposto essencial da incorporação de uma companhia por outra é a extinção da companhia incorporada, o que não se dá na constituição de subsidiária integral prevista no artigo 252 da Lei das S.A., como no caso em tela, uma vez que, embora as ações da incorporada passem a integrar o patrimônio da incorporadora, ela subsiste integralmente como pessoa jurídica, em sua plenitude patrimonial e administrativa.

Regressando ao *caput* do art. 7º, c/c inciso III do mesmo dispositivo, da Lei 9.532/97, temos que “a pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de **incorporação**, fusão ou cisão (...) poderá amortizar o valor do ágio (...)”. Como se infere da leitura do dispositivo, o evento incorporação se mostra como um permissivo a amortização, não havendo qualquer distinção do tipo de incorporação apta a ensejar a amortização.

Assim, conforme exposto acima, sabe-se que a lei societária prevê dois tipos de incorporação (de ações e de sociedade). Outrossim, a previsão da lei tributária admite a “incorporação” como permissivo à amortização do valor do ágio, sem fazer qualquer distinção entre os tipos de incorporação presentes na lei 6.404/76 (arts. 227 e 252).

Logo, sabe-se que onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir. Portanto, o entendimento sustentado pela PGFN no sentido de ser possível a amortização do valor do ágio na aquisição do investimento apenas quando este seja extinto mediante incorporação/fusão/cisão, é equivocado.

Assim, o ágio formado quando a companhia Serrana S/A incorporou as ações das empresas Bunge Alimentos e Bunge Fertilizantes, as quais continuaram existindo

como subsidiárias integrais daquela, consistiu em autêntica incorporação de ações, regulada pelo art. 252 da Lei 6.404/76, e apta a ensejar a amortização fiscal procedida.

Do Uso de Empresa-Veículo

Por fim, resta solucionar o seguinte questionamento: a incorporação que se utiliza de uma empresa-veículo é bastante para autorizar a amortização fiscal do ágio?

Em seu Acórdão, a DRJ afirma que a Bunge II (denominada empresa-veículo) não exerceu qualquer atividade operacional em seu curto período de existência, esclarecendo que os únicos registros contábeis realizados diziam respeito à integralização e aumento de seu capital, e a sua incorporação (TVF, fl. 1045).

Assevera ainda, que a alegação do contribuinte de que a Bunge II seria uma Sociedade de Propósito Específico é despropositada, pois a mesma foi constituída no intuito de servir como um “canal de passagem do ágio” para a criação artificial das condições para transferência e dedução do ágio da base de cálculo tributável. Desta forma, estar-se-ia diante de uma incorporação ficta, sendo este negócio jurídico não oponível ao Fisco.

Em sua defesa, o Recorrente alega que a constituição da Bunge II possuía interesse negocial (entre eles o de segregar o ágio relativo à Bunge Alimentos, separadamente do ágio pertinente à Bunge Fertilizantes), além do que o efeito fiscal obtido com a utilização da chamada empresa-veículo, seria o mesmo a que a Bunge Alimentos teria direito se adotadas outras estruturas jurídicas.

Outrossim, assevera não ter havido abuso na constituição da Bunge II como Sociedade de Propósito Específico – SPE, tanto pelo fato de que a constituição da referida sociedade não gerou nenhuma vantagem indevida, quanto pelo fato que a vantagem obtida encontra sua licitude nas próprias disposições legais aplicáveis (arts. 7º e 8º da Lei n. 9.532/1997).

Pois bem, nesse mérito é importante ressaltar que a inteligência dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532/97 de fato considera a possibilidade de operações de reestruturação societária objetivando a efetiva amortização do ágio apurado. Não há nestes, ou em quaisquer outros dispositivos legais, restrições quanto à forma empregada nas reorganizações, desde que, ressalta-se, não haja fraude ou dissimulação.

O CARF, inclusive, já considerou legítimo o direito de o contribuinte organizar seus negócios de forma mais eficiente em casos como o seguinte:

“PIS. REGIME MONOFÁSICO. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. SIMULAÇÃO ABSOLUTA. DESCONSIDERAÇÃO DE ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS. ART. 116, P.U. DO CTN. UNIDADE ECONÔMICA. ART. 126, III, DO CTN. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Não se configura simulação absoluta se a pessoa jurídica criada para exercer a atividade de revendedor atacadista efetivamente existe e exerce tal atividade, praticando atos válidos e eficazes que evidenciam a intenção negocial de atuar na fase de revenda dos produtos.

A alteração na estrutura de um grupo econômico, separando em duas pessoas jurídicas diferentes as diferentes atividades de industrialização e

de distribuição, não configura conduta abusiva nem a dissimulação prevista no art. 116, p.u. do CTN, nem autoriza o tratamento conjunto das duas empresas como se fosse uma só, a pretexto de configuração de unidade econômica, não se aplicando ao caso o art. 126, III, do CTN.

(Acórdão nº3403002.519, 4ª Câmara/3ª Turma Ordinária. Sessão de 22 de outubro de 2013.)”

“AMORTIZAÇÃO DE ÁGIO. USO DE EMPRESA VEÍCULO.

Em regra, é legítima a dedutibilidade de despesas decorrentes de amortização de ágio efetivamente pago.

A circunstância de a reorganização societária de tratam os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 1997, ter sido realizado por meio de empresa veículo não prejudica o direito do contribuinte, ante o fato incontroverso de que dessa reorganização não surgiu novo ágio ou economia de tributos distinta daquela prevista em lei.

(Acórdão 1102-000.982 - 1º Câmara / 2º Turma Ordinária - Sessão de 04/12/2013 - Voto Vencedor Conselheiro José Evande Carvalho Araujo)

In casu, observa-se que a empresa Bunge II foi constituída sob a forma de uma Sociedade de Propósito Específico – SPE, designada unicamente para atender aos interesses societários, entre eles estando o de segregar os ágios obtidos nas aquisições da Bunge Alimentos e Bunge Fertilizantes. Assim, fica evidente que o intuito final da constituição da empresa foi possibilitar a amortização do ágio registrado anteriormente.

No entanto, não há dispositivo legal a proibir a sobredita reorganização societária, ou seja, a Lei apenas disciplina a forma como deve se dar a amortização do ágio anteriormente registrado (incorporação, fusão e cisão), contudo, não dispõe sobre as formas admitidas para os negócios jurídicos referidos, e nem cabe à Fiscalização condicionar tais formas.

Sobre tal matéria, destaco trecho do voto do Conselheiro Marcelo Cuba Netto no Acórdão n. 1201-001.267:

“(…) Em relação ao emprego da chamada “empresa veículo” cumpre destacar que tal expressão tem sido utilizada pela fiscalização de uma maneira pejorativa, no sentido de um “mal em si mesmo”.

No entanto, como é cediço, não é possível sustentar-se uma autuação fiscal lastreada na simples acusação de emprego de “empresa veículo”, até porque o simples emprego de “empresa veículo” não é tipificado como infração à legislação tributária.

Caberia então à fiscalização apontar a relação entre o emprego da “empresa veículo” e a prática de alguma infração à legislação tributária. E, no caso dos autos, como o autor da ação fiscal não se desincumbiu de seu ônus, isso já seria razão suficiente para afastar-se, de pronto, a autuação.”

No caso destes autos, também, não há comprovação do nexo de causalidade entre a constituição da empresa veículo e alguma infração tributária.

A constituição de empresa veículo não pode ser interpretada como criação artificial do direito de deduzir o ágio, pois a norma ínsita nos artigos 7º e 8º objetiva tornar possível que a amortização fiscal do ágio faça frente à rentabilidade futura que lhe fundamentou. Desta forma, a empresa veículo não poderia ter criado um direito que, no meu entendimento, já existia quando do registro do ágio.

O entendimento sustentado acima ganha força quando se percebe que a amortização do ágio poderia ser alcançada de formas diversas da adotada. Ora, se a amortização poderia ser alcançada de diferentes formas, é porque o verdadeiro direito já teria sido alcançado antes, ou seja, o direito a que o valor registrado como ágio faça frente à rentabilidade que lhe serviu de fundamento. Assim, a forma como o contribuinte se organiza para usufruir de seu direito, desde que não haja fraude, é indiferente à norma legal.

Portanto, tendo em conta a inexistência de norma legal a proibir a conduta adotada pelo contribuinte, aliado a inexistência de prática de conduta fraudulenta ou simulada, reputo válidas as operações societárias procedidas para segregação e amortização fiscal do ágio.

Conclusão

Ante o exposto, rejeito a preliminar de decadência suscita, e no mérito DOU provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

MARCOS ANTONIO NEPOMUCENO FEITOSA - Relator